

VU Research Portal

Prof.mr. C.E.C. (Chris) Jansen

Jansen, C.E.C.

published in
Bouwrechtjuristen
2018

document version
Publisher's PDF, also known as Version of record

document license
Unspecified

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)
Jansen, C. E. C. (2018). Prof.mr. C.E.C. (Chris) Jansen. In H. C. W. M. Moesker, & S. J. H. Rutten (Eds.), *Bouwrechtjuristen* (pp. 60-80). Instituut voor Bouwrecht.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:
vuresearchportal.ub@vu.nl



foto: Laila Willems

Geboortedatum: 11-05-1968

Huidige functie: hoogleraar Privaatrecht, *Vrije* Universiteit
Amsterdam

Prof. mr. C.E.C. (Chris) Jansen

Juristenfamilie

Ik kom uit een echt arbeidersnest. Mijn grootouders aan beide kanten hebben maar beperkt opleiding genoten. Zij zijn aan het begin van de Tweede Wereldoorlog getrouwd en kregen tussen 1940 en 1958 grote gezinnen. Werk was er na de oorlog natuurlijk genoeg, maar ze hebben flink moeten sappelen.

Mijn grootvader aan vaderszijde was oorspronkelijk bakker, maar hij is later in een fabriek gaan werken die projectieschermen produceerde omdat hij daar meer mee kon verdienen. Mijn grootvader aan moederszijde was oorspronkelijk beroepsmilitair. Na de oorlog werd hij de typische wederopbouwer die zichzelf volledig wegcijferde voor zijn gezin. Overdag werkte hij voor de Luciferfabriek in Weert. De eerste jaren vervoerde hij boomstammen met een Kromhout vrachtwagen. Later reed hij de directeur van de fabriek rond. En dan in de avonden en in de weekends ook nog touringcar rijden voor busbedrijf Kupers. Hij is voor mij altijd een groot voorbeeld geweest.

Mijn grootmoeders hadden ondertussen thuis de zorg voor een flinke kinderschaar en probeerden met de inkomens van mijn grootvaders de eindjes aan elkaar te knopen. Dat betekende dat met name de oudere kinderen van hun gezinnen - en daartoe behoorden ook mijn ouders - al vroeg de handen uit de mouwen moesten steken.

Mijn vader moest naar de ambachtsschool, zodat hij vanaf zijn vijftiende als meubelmaker aan het werk kon om bij te dragen aan het gezinsinkomen. Mijn moeder wilde na de MULO via de MMS een opleiding tot lerares Frans volgen, maar doorstuderen was er voor haar gewoonweg niet bij. Zij moest op haar zestiende aan het werk en, samen met haar oudere zus, mijn grootmoeder in het huishouden helpen, waar nog vijf jongere broers rondliepen. Die ooms van mij hadden overigens het geluk op te groeien in de goede helft van de jaren '60, toen het economisch eindelijk wat beter ging: zij hebben allemaal een vervolgopleiding kunnen doen. Maar het heeft in beide families tot 1986 geduurd voordat iemand aan een universitaire studie begon. En dat mocht ik zijn.

Jeugd

Ik vind dat ik al met al een tamelijk onbezorgde jeugd heb gehad, de naweeën van de echtscheiding van mijn ouders, toen ik tien jaar was, daargelaten. Op de lagere school fietsen met mijn vriendje in onze jaren '70 nieuwbouwwijk, van woonerf naar woonerf, urenlang fröbelen met Lego en postzegels en vooral heel, heel veel lezen. Niet alleen jeugdboeken, maar ook de maatschappelijke ontwikkelingen in de krant. En dan plakboeken gaan zitten bijhouden over kwesties die een enorme indruk op mij maakten: de gijzeling in de Amerikaanse ambassade in Teheran, de affaire Klaus Barbie, de hongerstaking van Bobby Sands, dat soort werk. Ik zie dat nu terug bij mijn oudste dochter, die kan daar ook helemaal in opgaan. Maar die maakt dan haar verslagen op basis van Wikipedia.

Als tiener was ik een beetje zwaar op de hand wat mijn eigen toekomst betrof en ik nam school en huiswerk altijd erg serieus. Dat je moest proberen het ver te schoppen en dat de dingen allemaal niet vanzelfsprekend waren, kreeg ik al vroeg van mijn ouders mee. Ik heb nergens gebrek aan gehad, maar als ik een racefiets of een radiocassetterecorder wilde hebben dan mocht ik die zelf bij de boer op het land bij elkaar zien te sparen. Terugkijkend blijken dat uiteindelijk toch de ervaringen te zijn die je vormen.

Op de middelbare school heb ik vriendschappen voor het leven gesmeed. Wij vonden elkaar in de absurdistische humor van Wim T. Schippers en in een kritische houding ten aanzien van Reagan, Thatcher en Lubbers. Dit jaar zijn we allemaal vijftig geworden en inmiddels kijken we natuurlijk wat genuanceerder terug op de jaren '80.

Opleiding

Na de lagere school ging ik naar het Bisschoppelijk College in Weert. Daar heb ik van 1980 tot 1986 het gymnasium α doorlopen. Ik had een talenknobbel en volstrekt geen affiniteit met de exacte vakken. Naast een vijftal talen koos ik Geschiedenis en Economie in mijn vakkenpakket. Daar had ik het bij kunnen laten, maar om mijn opties voor de toekomst voldoende open te houden koos ik Wiskunde toch maar als extra vak. Ondanks het jarenlang volgen van bijlessen op regenachtige zondagmiddagen, bakte ik daar op het eindexamen weinig van. Maar soms denk ik wel eens dat het me bij het ordenen en redeneren, dat een deel van mijn dagelijkse werk vormt, uiteindelijk toch van pas komt.

Het liefst was ik na mijn eindexamen Nederlands gaan studeren, maar qua beroepsperspectief leek dat toen niet zo verstandig. Velen kozen na de crisis van begin jaren '80 een studie met voldoende baangarantie. Ik vormde daarop geen uitzondering: mijn vader was destijds zelf een paar jaar werkloos geweest. Na een mislukte poging om een plaats op Nijenrode te bemachtigen, werd het uiteindelijk rechten in Tilburg.

Mijn propedeuse haalde ik in één jaar, maar vervolgens werd ik overmoedig en probeerde ik de vakken van het tweede en het derde studiejaar in één jaar te doen. Dat mislukte faliekant en ik raakte door allerlei verkeerde keuzes, tegenslagen en middelmatige studieresultaten de motivatie volledig kwijt. Het kwam zelfs zover dat ik overwoog om met de studie te stoppen en besloot een éénjarige opleiding te gaan volgen om mijn eerstegraads lesbevoegdheid voor leraar Maatschappijleer te behalen. Dat kon destijds in Tilburg, als je je propedeuse rechten maar had gehaald. Toen ik echter stage mocht lopen in een 4 HAVO-klas in Tilburg Noord en ik het grote verschil zag met de mentaliteit van eerstejaars rechtenstudenten, die ik in diezelfde periode als tutor mocht bijspijkeren, heeft die laatste ervaring mij weer terug naar de rechtenstudie gebracht.

Wat ook enorm hielp, was dat ik inmiddels in de fase van de keuzenvakken was aanbeland en ik veel meer dan voorheen op onderzoekvaardigheden werd aangesproken. Het uitzoeken van complexe kwesties en daarover schriftelijk rapporteren bleek mij erg goed te liggen. En nadat ik als bouwrechtstudent Matton van den Berg op 15 maart 1991 zijn inaugurele rede in Leiden had horen uitspreken, kreeg ik voor het eerst het idee dat ik mijn toekomst misschien in de academische wereld kon vinden.

Keuze

Ik kan niet zeggen dat het bouwrecht echt een keuze was, ik ben er gewoon ingerold. Ik had al voordat ik ging studeren affiniteit met zowel de bouw als met het juridische. Dat kwam door mijn moeder.

Mijn moeder was vanaf 1980 directiesecretaresse bij de afdeling juridische zaken van Wilma Bouw in Weert. Die afdeling werd destijds geleid door Chris Goumans, die later de overstap maakte naar Houthoff. Toen ik 14 jaar oud was, heb ik me door een colporteur in een winkelcentrum in Weert een abonnement op de Voetbal International laten aansmeren. Mijn moeder riep vervolgens de hulp in van Goumans. Hij heeft dat abonnement namens mijn ouders weten te vernietigen op grond van handelingsonbekwaamheid, vanwege mijn minderjarigheid. Dat vond ik destijds magisch, dat zoiets mogelijk was!

In de loop der jaren leerde ik ook de andere juristen van Wilma Bouw beter kennen, want die kwamen bij ons thuis regelmatig over de vloer. Naast Chris Goumans waren dat Jan Verlegh, Richard Beentjes, de helaas veel te jong gestorven Marc van 't Hooft, die mij zijn complete *Ars Aequi*-verzameling schonk toen ik in 1986 ging studeren, Stijn Vissers en ook Fred Wijma, die als student-stagiaire uit Groningen overkwam en door de week bij ons thuis was ingekwartierd. Het zijn hun ervaringen en verhalen die mij op het idee brachten om in 1990 in Tilburg het keuzevak Bouwrecht te gaan volgen bij Matton van den Berg.

En toen ik daarna op zoek ging naar een stageplek, had ik via diezelfde juristen van Wilma een goede ingang in het bouwbedrijfsleven en kwam ik op 3 februari 1992 bij de juridische afdeling van de toenmalige Koninklijke Volker Stevin, tegenwoordig VolkerWessels, terecht. Twee dagen later gaf de Europese Commissie de beruchte SPO-beschikking en had ik mijn scriptie-onderwerp te pakken (Beschikking van de Commissie van 5 februari 1992, *BR* 1992/476).

Van den Berg begeleidde mij bij het schrijven van mijn scriptie en zag in mij vervolgens een potentiële kandidaat voor het schrijven van een proefschrift. Hij liet mij zelf mijn onderwerp kiezen. Van Hans Gorrée, de risk & insurance manager van Volker Stevin, wist ik dat een eventuele Europese harmonisatie van de contractuele aansprakelijkheid van de aannemer al een tijdje als een zwaard van Damocles boven de markt hing, in vervolg op het zogenoemde Mathurin-rapport. Met de keuze van dat onderwerp voor mijn promotieonderzoek werd mijn oriëntatie op het bouwrecht definitief bepaald, zeker ook omdat ik door Volker Stevin in de gelegenheid werd gesteld dat onderzoek deels in de praktijk uit te voeren.

Bouwrecht

Die vraag heb ik mijzelf twintig jaar geleden ook al eens gesteld in het eerste hoofdstuk van mijn proefschrift (*Towards a European building contract law. Defects liability: a comparative legal analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law*). Ik heb mij toen verdiept in de verschillende definities die in West-Europa aan het begrip 'bouwrecht' werden gegeven en kwam op basis daarvan tot een synthese die wat mij betreft nog steeds de lading goed dekt.

Tot het bouwrecht reken ik die regels die verband houden met rechtens relevante kwesties die op ons pad komen zodra we het feitelijke bouwproces proberen voor te bereiden, in te richten en af te wikkelen. Veel van die regels zijn overigens generiek, in die zin dat zij ook buiten de feitelijke context van een bouwproces hun functie hebben. Dergelijke regels krijgen als het ware bijzondere kleur, afhankelijk van de specifieke maatschappelijke context waarbinnen zij moeten worden toegepast. Andere regels die we tot het bouwrecht rekenen zijn juist specifiek, in die zin dat zij buiten de specifieke context van een bouwproces geen functie meer vervullen.

Privaatrechtelijk en/of bestuursrechtelijk

Wat het bouwrecht betreft, reken ik het *bouwcontractenrecht* tot mijn primaire aandachtsgebied. Binnen dat gebied ben ik vooral geïnteresseerd in de totstandkoming en uitvoering van contracten tussen overheidsopdrachtgevers enerzijds en andere actoren in het bouwproces anderzijds. Die contracten worden primair beheerst door het privaatrecht, dat de contract(eer)vrijheid van betrokken partijen voorop stelt. Tegelijkertijd zien we echter dat die vrijheid aan banden wordt gelegd door regels die hun grondslag vinden in het ruimtelijk en het economisch bestuursrecht. Met name de wisselwerking tussen het privaatrechtelijk bouwcontractenrecht en dat economisch bestuursrecht, in het bijzonder natuurlijk het gereguleerde aanbestedingsrecht, heeft mijn grootste interesse.

Pijlers

Die vraag kan op verschillende manieren worden begrepen. Allereerst worden het burgerlijk recht, het strafrecht en het staats- en bestuursrecht als pijlers van het recht beschouwd. Aangezien we bij de organisatie en uitvoering van een bouwproces altijd in aanraking kunnen komen met regels die tot één van deze pijlers behoren, zou betoogd kunnen worden dat ook het bouwrecht op die pijlers is gestoeld.

Wordt met ‘pijlers’ echter bedoeld op de onderliggende beginselen van het recht, dan is het nog best lastig om die beginselen voor een functioneel rechtsgebied, zoals het bouwrecht, *als geheel* te duiden, zoals we dat bijvoorbeeld wel kunnen doen voor de klassieke rechtsgebieden. Voor zover we bij de organisatie en uitvoering van een bouwproces in aanraking komen met regels die tot zo’n klassiek rechtsgebied worden gerekend, gelden de beginselen die aan die regels ten grondslag liggen ook in de specifieke context van een bouwproces.

Ik denk bijvoorbeeld aan de beginselen van het contractenrecht, die natuurlijk ook ten grondslag liggen aan het *bouwcontractenrecht*. Dat die beginselen en de daaruit voortvloeiende regels bijzondere kleur kunnen krijgen ten gevolge van de specifieke maatschappelijke context waarin zij moeten worden toegepast, doet *daar* niet aan af. Hoe die bijzondere kleur er dan precies uit kan zien - en in zoverre zou wellicht kunnen worden gesproken van de pijlers van het *bouwcontractenrecht* - hebben Matton van den Berg en ik in 1996 geprobeerd uit te werken in een gezamenlijke publicatie (‘Gezichtspunten’, in *De ontwerpende bouwer, over turnkey- en design & build-contracten*) waarvan de resultaten twee jaar later konden worden bevestigd met mijn rechtsvergelijkende

promotieonderzoek en nog weer later door het onderzoek dat ik in Tilburg met anderen uitvoerde naar de Principles of European Law on Service Contracts.

Juridische vraagstukken

Het centrale vraagstuk, waar alle andere vragen van zouden kunnen worden afgeleid, luidt wat mij betreft: hoe zouden de inhoud en samenhang van het totale kader van regels (zowel wet- en regelgeving afkomstig van overheidswege, als de door (organisaties van) bouwprocesdeelnemers autonoom vastgestelde regels) er uit moeten zien om er voor te zorgen dat alle actoren in een bouwproces bij de organisatie en uitvoering van dat proces zodanige beslissingen nemen dat alle daarmee gemoeide private en publieke belangen optimaal worden gediend?

In deze vraagstelling ligt besloten dat ik vind, niet als enige denk ik, dat we met het huidige totaalkader aan regels de ideale wereld nog niet hebben bereikt. Of die wereld binnen handbereik is door juridisch-technisch te blijven sleutelen aan onderdelen van het bestaande juridisch kader, dan wel dat er op onderdelen wellicht een paradigmawijziging nodig is, is een vraag die mijzelf al een tijdje bezig houdt.

Zo vraag ik mij bijvoorbeeld af of de zo vurig gewenste samenwerking en communicatie tussen de actoren in een bouwproces wel voldoende kan worden georganiseerd met behulp van het hedendaagse bouwcontractenrecht. Dat is immers gebaseerd op het klassieke paradigma dat taken, verantwoordelijkheden en risico's individueel over de betrokken partijen moeten worden verdeeld. Het bouwcontractenrecht regelt wie wat in het bouwproces moet doen, wie welk risico draagt en wat er vervolgens gebeurt wanneer een partij niet heeft gedaan wat zij had moeten doen, of wanneer zich een risico verwezenlijkt dat volgens het contract op het bord van die partij ligt. Wat het bouwcontractenrecht echter niet regelt, is hoe partijen zullen bevorderen dat zij elkaar continu proactief van informatie zullen voorzien zodat alle (andere) betrokken actoren voldoende geïnformeerd vervolgbeslissingen in het bouwproces kunnen nemen. Het klassieke paradigma is gebaseerd op de gedachte dat wanneer je een contractpartij maar instrumenten geeft om de ander aan te spreken wanneer die iets niet goed doet, of in een individuele risicotoedeling voorziet, de aangesproken respectievelijk risicodragende partij als vanzelf heel erg haar best gaat doen om de eigen verantwoordelijkheden en risico's te dragen respectievelijk te beheersen. Maar de echte win-win is natuurlijk te behalen wanneer partijen veel meer op elkaars verantwoordelijkheden en risico's betrokken zijn en elkaar als het ware bijstand verlenen als het gaat om het dragen van verantwoordelijkheden en het beheersen van risico's. Het hedendaagse bouwcontractenrecht probeert dát te organiseren door middel van traditionele gesanctioneerde onderzoek- en mededelingsplichten.

De praktijk laat echter zien dat het klassieke paradigma gaat knellen wanneer - wat in toenemende mate gebeurt - partijen contracteren op basis van een geïntegreerde bouworganisatievorm, zeker wanneer dat plaatsvindt in de context van een gereguleerde aanbestedingsprocedure. Er gaan daarom steeds meer stemmen op om contractpartijen van meet af aan bepaalde verantwoordelijkheden en risico's - niet alle - maar samen te laten dragen. Wanneer partijen weten dat zij hoe dan ook aan de lat staan zodra zaken verkeerd lopen, ontstaat er voor hen immers een prikkel om tijdens de contractuitvoering

actief op zoek te gaan naar relevante informatie en die informatie met elkaar te delen ten einde de (gevolgen van de) risico's zoveel mogelijk te beheersen en te minimaliseren. Daarmee komt samenwerking pas écht van de grond, zo is de gedachte. Met contracten die op dit bijgestelde paradigma zijn gebaseerd, zijn in de jaren '90 positieve ervaringen opgedaan. Maar tot een echte doorbraak heeft dat uiteindelijk niet geleid. Ik denk dat het nuttig is om alsnog na te gaan of en hoe we deze andere benadering praktisch toepasbaar kunnen maken, zowel wat betreft de opzet en inrichting van de contracten als van de daaraan voorafgaande aanbestedingsprocedure. Dat sluit denk ik ook goed aan bij de behoefte die ik terugzie in De Marktvisie.

Passies

Buiten het bouwrecht - maar nog steeds binnen het recht - zijn dat het contractenrecht, het aanbestedingsrecht en de laatste tijd meer en meer ook het zogenoemde 'verdelingsrecht'. Dat rechtsgebied in opkomst houdt zich bezig met de bestudering van de verdeling van schaarse rechten door de overheid.

Buiten mijn werk geniet ik het allermeest van leuke dingen doen met mijn vrouw en twee dochters: samen lekker eten, naar muziek luisteren, een goed boek lezen, hardlopen, en dat allemaal het liefst op of in de nabijheid van ons weekend- en vakantiehuisje op de camping.

Loopbaan

In 1992 startte ik als assistent in opleiding (AIO) met het schrijven van een proefschrift aan de Universiteit van Tilburg bij Matton van den Berg. In 1996 is die functie omgezet in een aanstelling tot postdoc en na mijn promotie in 1998 werd ik bevorderd tot universitair hoofddocent. Deze aanstellingen heb ik tot 2002 gecombineerd met een aanstelling als bedrijfsjurist bij Volker Stevin, voor één dag per week.

In 2004 werd ik benoemd tot hoogleraar privaatrecht aan de *Vrije* Universiteit Amsterdam en die functie vervul ik nog altijd. Vanaf 2012 tot 2017 heb ik die aanstelling gecombineerd met een aanstelling als hoogleraar privaatrechtelijk bouwrecht aan Tilburg University voor één dag per week. Die leerstoel is inmiddels opgeheven, omdat Tilburg University het nut van een zelfstandige leerstoel bouwrecht niet meer inzag.

Nevenfuncties

Tot eind 2018 mag ik mij Titularis noemen van de Wisselleerstoel Nederland-België van het Tijdschrift voor Privaatrecht bij het Centrum voor Overheid en Recht (CORE) aan de Universiteit Hasselt in België. Verder ben ik voorzitter van de op basis van de Aanbestedingswet 2012 ingestelde Commissie van Aanbestedingsexperts. Daarnaast ben ik raadsheer-plaatsvervanger in de gerechtshoven van Den Bosch en Den Haag.

Invloed op ontwikkeling als bouwrechtjurist

Die ontwikkeling is langs twee lijnen verlopen. In de eerste plaats ben ik gevormd door mensen die mij kennis van en inzicht in de maatschappelijke context en de

complexiteit van bouwprocessen hebben gegeven: hoe die processen worden georganiseerd, wat de betrokken belangen zijn, waarom de actoren zich gedragen zoals ze zich lijken te gedragen en hoe het komt dat die processen vaak niet verlopen zoals iedereen dat zou willen. Ik denk aan de vele mensen met wie ik bij Volker Stevin heb samengewerkt, in het bijzonder Jacques Hulscher, Hans de Jong, Hans Gorée, Loeky Esveld, Henk Janssen, Harry van Splunder, Jan van Oorschot, Lieuwe de Boer en vooral ook aan Aslan Vos. Maar ook mensen als Dick van Werven, Bob van den Berg en Teun van Reeuwijk, met wie ik in de jaren '90 intensief heb samengewerkt in het kader van de ontwikkeling van de UAV-GC 2000, horen in deze opsomming thuis.

Wat betreft mijn vorming tot de jurist die ik nu ben, ben ik eveneens schatplichtig aan velen. In volgorde van verschijning waren dat, om heel verschillende redenen overigens, in ieder geval: Hennie Vermeulen, Jan Vranken, Anne-Marie van Neer, Benita Nieskens-Isphording, Sjef van Erp, Matton van den Berg, Maurits Barendrecht en Hugh Beale.

Als ik de twee bovenstaande ontwikkelingslijnen - maatschappelijke context én recht - bij elkaar breng, en ik zou moeten zeggen wie het grootste aandeel hebben gehad in mijn ontwikkeling tot *bouwrechtjurist*, dan zijn dat Matton van den Berg, Henk Janssen, Aslan Vos en Teun van Reeuwijk geweest, met wie ik allemaal zeer intensief heb samengewerkt. Maar eigenlijk zou ik hier ook al die Engelse rechters kunnen noemen, van wie de vele vonnissen die ik tijdens mijn promotieonderzoek heb bestudeerd mij heel veel inzicht hebben gegeven in de bijzondere kleur die de context van een bouwproces aan de toepassing van regels van het contractenrecht geeft.

Invloed op ontwikkeling bouwrecht

Ik denk dat degene - of beter gezegd: datgene - dat de meeste invloed op de ontwikkeling van het bouwrecht uitoefent, in de opsomming in de vraagstelling niet wordt genoemd. Volgens mij ondervindt de ontwikkeling van het bouwrecht de meeste invloed vanwege de voortdurende verandering van de maatschappelijke context als gevolg waarvan telkens weer nieuwe vragen en uitdagingen ontstaan waar het recht een antwoord op moet geven. Vervolgens gaat het er natuurlijk om wie die noodzaak 'signaleert' en wie een en ander daadwerkelijk oppakken. Wat het bouwcontractenrecht betreft, zijn het volgens mij vooral advocaten en bedrijfsjuristen die de signaleringsfunctie vervullen terwijl het in de regel (beleids)juristen werkzaam bij organisaties van opdrachtgevers en opdrachtnemers zijn, al dan niet in samenwerking met wetenschappers, die de nieuwe ontwikkelingen juridisch-technisch proberen in te passen in het bestaande systeem. De invloed van de rechtspraak is, zeker wat de ontwikkeling van het autonome privaatrechtelijk bouwrecht betreft, denk ik minder groot.

Voor het aanbestedingsrecht ligt dat laatste mogelijk anders, zeker als het gaat om de uitspraken van de overheidsrechter. Ik merk dat die uitspraken veel losmaken en op de voet worden gevolgd. Voor wat betreft de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts heb ik daar geen duidelijk beeld van, maar dat komt misschien omdat ik buiten de Commissie nooit inhoudelijk op onze adviezen in ga, ook niet tijdens mijn actualiteitencolleges aanbestedingsrecht. Wat ik in de wandelgangen wel eens terug hoor van bevriende advocaten is dat wanneer een inschrijver laat weten dat hij van plan is om een bepaalde kwestie aan onze Commissie voor te leggen, dat soms aanleiding is voor de

aanbestedende dienst om nog eens goed naar de zaak te kijken. Steeds meer aanbesteders brengen ook overigens de professionaliteit op om dat na een klacht te doen, voordat zij de volgende stap nemen.

Wat ik ook terug hoor, is dat onze adviezen bij allerlei fora waar jurisprudentie wordt besproken aan de orde komen. Waar ik weer geen zicht op heb is hoe voorzieningenrechtters tegen onze adviezen aankijken, ofschoon ik tweemaal per jaar de oogst van de actuele aanbestedingsjurisprudentie met die voorzieningenrechtters bespreek. Ik geef hen dan feedback op de uitspraken die zij in het voorbije half jaar hebben gedaan. Ik doe dat in het kader van een SSR-cursus en die setting leent zich er wat minder voor dat ik ook nog eens de adviezen van de Commissie met de deelnemers ga zitten doornemen.

Of er een klacht is waar de Commissie reikhalzend naar zit uit te kijken? De minister heeft bij de behandeling van het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet in de Kamer gezegd dat je een heel goede motivering moet hebben om van een advies van de Commissie af te wijken. Dat blijkt in de wetsgeschiedenis te staan. De praktijk wijst uit dat aanbestedende diensten onze adviezen nog wel eens naast zich neerleggen. Het zou aardig zijn om eens een klacht te behandelen van een klager die in eerste instantie van de Commissie gelijk heeft gekregen, waarna de aanbesteder niets met ons advies heeft gedaan en de klager vervolgens nóg een keer bij ons aanklopt en dáár over klaagt.

Arbitrage of rechter

Ik heb geen voorkeur voor de ene of voor de andere vorm van geschilbeslechting. Wat ik belangrijk vind, is dat een geschilbeslechter van een aantal markten thuis is. Hij zal in de eerste plaats de maatschappelijke context en de complexiteit van bouwprocessen goed moet kunnen doorgronden. Ik herhaal hier nog maar eens de aspecten die ik ook al hiervoor noemde: hoe worden bouwprocessen georganiseerd, wat zijn de betrokken belangen, waarom gedragen de actoren zich zoals zij zich lijken te gedragen en hoe komt het dat bouwprocessen vaak niet verlopen zoals iedereen dat zou willen? In de tweede plaats moet de geschilbeslechter niet alleen goed thuis zijn in het *bouw*contractenrecht, maar ook in het *algemeen* contractenrecht. Hij moet bovendien weten hoe het bouwcontractenrecht met dat algemeen contractenrecht interacteert. En tot slot moet de geschilbeslechter zich bij het formuleren van zijn uitspraak in het concrete geval realiseren dat die uitspraak consistent moet zijn met eerdere uitspraken en binnen het bestaande systeem zal moeten passen. Ik denk dat wanneer we beide vormen van geschilbeslechting langs de meetlat van deze randvoorwaarden leggen, zij goed zullen scoren. Ik hoor wel eens dat men vindt dat de overheidsrechter het relatief gezien minder goed doet wat betreft de eerste randvoorwaarde en dat arbitrage om die reden te prefereren valt. Mijn persoonlijke ervaring is echter dat rechtters soms worden onderschat wat betreft hun vermogen om - gegeven het juridische kader dat zij moeten toepassen - door middel van het stellen van vragen een goed beeld te krijgen van de relevante feitelijke context van een zaak.

Raad van Arbitrage en aanbestedingsgeschillen

Ik vond het destijds in 2002 teleurstellend dat de Raad van Arbitrage door de Rijksoverheid werd afgehaald van aanbestedingsgeschillen. De Raad had als beslechter van

aanbestedingsgeschillen een uitstekende reputatie opgebouwd. Inmiddels hebben overheidsaanbestedingen ook buiten de bouw echter een enorme vlucht genomen. Vanuit het perspectief van de wenselijkheid van een coherente en consistente toepassing van het aanbestedingsrecht, vind ik het dan een goede zaak dat de geschilbeslechting op dit terrein nu in handen is van één geschilbeslechter: de overheidsrechter.

Aantal fora geschillenbeslechting

Ik vind het op zichzelf overigens niet verkeerd dat er in de praktijk wat te kiezen valt, zeker wanneer die verschillende geschilbeslechtsfora allemaal relatief gezien goed scoren op de randvoorwaarden zoals ik die hiervoor noemde. Wat ik wel bezwaarlijk zou vinden is wanneer die fora voor de beslechting van hetzelfde type kwesties verschillende juridische benaderingen zouden kiezen, zeker wanneer die benaderingen ook nog eens tot verschillende uitkomsten zouden leiden. Voor zover ik het kan overzien, blijft dat fenomeen in de praktijk echter binnen de perken.

Oorzaak bouwgeschillen

Wanneer ik mij beperk tot bouwcontractuele geschillen, dan denk ik dat de kern van de zaak is dat partijen dikwijls met elkaar contracteren op een moment dat zij nog geen honderd procent inzicht hebben in de wijze waarop de door de opdrachtgever geformuleerde opdrachteisen, de al dan niet door de opdrachtnemer aangeboden oplossing van die eisen én de risicovolle omgevingsfactoren, waarbinnen die oplossing moet worden gerealiseerd, onderling met elkaar zullen gaan interacteren.

Dat is op zich al problematisch bij de traditionele bouworganisatievorm waarin de opdrachtgever zijn opdrachteisen tot op bestekniveau heeft uitgewerkt. Het probleem is de afgelopen decennia echter alleen maar toegenomen met de opkomst van geïntegreerde bouworganisatievormen. Bij die vormen specificeert de opdrachtgever zijn eisen veel meer functioneel en komt de uitvoerende opdrachtnemer meer en meer in de rol van (mede)ontwerper te verkeren. Voeg daar aan toe dat die opdrachtnemer zijn oplossing van die functionele eisen veelal zal moeten voorbereiden en aanbieden in de hectische context van een gereguleerde aanbestedingsprocedure, waarbij het vergaren van informatie over de mogelijke interactie tussen opdrachteisen, de beoogde oplossingsrichting en de risicovolle omgevingsfactoren zeer problematisch is. Partijen contracteren vervolgens op een moment waarop nog niet alle risico's voldoende in beeld zijn of - voor zover dat laatste wel het geval is - die risico's financieel onvoldoende zijn afgedekt.

Wanneer die risico's zich tijdens de contractuitvoering onverhoopt dan toch verwezenlijken, moeten de gevolgen daarvan - kostenoverschrijding en vertraging - worden gedragen door die partij die daarvoor is aangewezen in het contract. Wanneer dat echter een grote impact heeft op de belangen van die partij, dan ligt het voor de hand dat zij zal proberen de gevolgen van de risicoverwezenlijking van haar bord weg te houden, ook wanneer dat betekent dat zij de degen met de wederpartij juridisch zal moeten kruisen.

Daarmee is wat mij betreft de voornaamste oorzaak teruggebracht tot een - niet altijd goed onderkend - informatieprobleem op het moment van contractsluiting. Dat probleem zullen we nooit voor honderd procent opgelost krijgen, zelfs niet wanneer we zouden besluiten terug te komen op de weg die is ingeslagen met de keuze voor de

Mijn fotokeuze

In 1992 reisde ik als student dagelijks met de trein van Tilburg naar het oude station Rotterdam Blaak. Daar nam ik vervolgens lijn 3 naar de Oostmaaslaan, waar ik stage liep bij Volker Stevin. In dat voor mij bijzondere jaar - ik schreef mijn afstudeerscriptie, ging samenwonen, trouwde, kreeg mijn eerste baan en begon aan mijn proefschrift - leerde ik niet alleen de feitelijke en maatschappelijke context van het bouwrecht kennen, maar kreeg ik ook oog voor de schoonheid en het vernuft van een bouwproject in wording. Dat is met dit project begonnen: de aanleg van het nieuwe ondergrondse station Rotterdam Blaak, als onderdeel van de Willemsspoortunnel, dat ik op weg naar kantoor elke dag een stukje zag vorderen.

Foto: beeldbank.rws.nl, Rijkswaterstaat / Henri Cormont



geïntegreerde bouworganisatievormen. Er moet - gegeven die keuze - worden nagedacht over oplossingen waarmee we het probleem en de eventuele nadelige gevolgen daarvan zo klein mogelijk kunnen houden. Wat dan de bijdrage van het bouwcontractenrechtelijk kader zou kunnen zijn, is een van de juridisch vraagstukken waarover ik het hiervoor al heb gehad.

Op de kaart gezet

Ik denk dat ik hier mijn bijdrage mag noemen aan de ontwikkeling die uiteindelijk heeft geleid tot de UAV-GC 2000 en later de UAV-GC 2005. Natuurlijk werd er al ruim vóór de eeuwwisseling in ons land gewerkt met en geschreven over design & constructcontracten en aanverwante contractvormen. Verschillende grote opdrachtgevers, zoals Rijkswaterstaat en ProRail, gingen daar echter pas in de jaren '90 op een meer structurele basis mee aan de slag. In die tijd werkte ik zoals gezegd naast mijn promotieonderzoek aan de Universiteit van Tilburg voor één dag per week als bedrijfsjurist bij Volker Stevin. Mijn werk bestond toen onder andere uit het maken van risicoanalyses van de concept contracten die voor een aantal design & constructprojecten op de markt kwamen, zoals de Balgstuw bij Rampspol en de verschillende projectonderdelen van de Betuweroute. Die contracten weken flink af van het standaardmodel dat VG-



Bouw - tegenwoordig Bouwend Nederland - al had ontwikkeld. Die afwijkingen leidden tijdens de aanbesteding van de hiervoor genoemde projecten tot stevige discussies. Toen ik medio jaren '90 die contractanalyses zat te maken, is het idee geboren om tot paritaire standaardvoorwaarden voor dergelijke projecten te komen. Met dat idee ben ik naar mijn promotor Van den Berg gestapt en heb ik geopperd om eerst een wat meer fundamentele studie te verrichten naar de grondslagen en uitgangspunten van design & constructcontracten die aan eventuele standaardvoorwaarden ten grondslag zouden kunnen liggen. Het idee was verder om experts uit de praktijk op de resultaten van die studie te laten reflecteren. Dat idee heeft uiteindelijk geleid tot het boek *De ontwerpende bouwer* en tot een gelijknamig congres, waar Van den Berg ik werden benaderd door vertegenwoordigers van de CROW. Die gaf ons daarna de opdracht tot het ontwikkelen van de UAV-GC 2000, onder auspiciën van een paritair samengestelde werkgroep. Daar zijn wij vervolgens bijna drie jaar zoet mee geweest.

Het onderwerp dat ik, denk ik, in het kader van de hiervoor geschetste ontwikkeling echt op de kaart heb gezet, is de idee van de zogenoemde 'glijdende schaal' tussen de traditionele en geïntegreerde contractvormen, die ik verwoord heb in 'Grondbeginselen van moderne contractvormen' in *De ontwerpende bouwer*. Die contractvormen zijn - anders dan destijds nog wel eens werd verondersteld - geen tegenpolen van elkaar: zij

lopen als het ware in elkaar over. In de praktijk zijn immers verschillende gradaties denkbaar van de mate waarin de opdrachtgever ontwerpvrijheid aan de (mee)ontwerpende opdrachtnemer verstrekt: dat is ook wat art. 5 van de Model Basisovereenkomst tot uitdrukking probeert te brengen. Het voorgaande betekent onder andere dat we bij de beantwoording van juridische vragen ten aanzien van al die contractvormen die zich op die glijdende schaal bevinden, steeds terug kunnen vallen op dezelfde beginselen en uitgangspunten van het bouwcontractenrecht. En dat betekent weer, dat het mogelijk zou moeten zijn om één set van standaardvoorwaarden te ontwikkelen die in al die gevallen zou kunnen worden gebruikt (zie ook *Een werk tot stand brengen. Over de integratie van de UAV in de UAVgc*, inaugurele rede Tilburg University).

Overigens is het natuurlijk zo dat het ‘op de kaart zetten’ van een onderwerp maar een relatief begrip is. Van den Berg leerde mij ooit dat we uiteindelijk allemaal op elkaars schouders staan. Als ik het me goed herinner, ben ik wat die idee van de ‘glijdende schaal’ betreft zelf ook weer geïnspireerd geraakt door de grote Ian Duncan Wallace.

Bijzondere belangstelling

Het verbeteren van de totstandkoming van geïntegreerde bouwcontracten in de context van gereguleerde aanbestedingsprocedures, in de verwachting dat contractpartijen daarvan kunnen profiteren tijdens de uitvoeringsfase van die contracten, heeft momenteel mijn bijzondere belangstelling. Dat was al het centrale thema van het preadvies dat ik met medewerking van Aslan Vos schreef voor de Vereniging voor Bouwrecht in 2001 (*Totstandkoming en inhoud van design & construct-contracten voor complexe infrastructurele projecten*, VBR preadvies, nr. 29), direct na de voltooiing van de UAV-GC 2000. Ik heb dat onderwerp daarna moeten laten rusten omdat er allerlei andere uitdagingen op mijn pad kwamen. Het onderwerp heeft mij echter opnieuw gegrepen als gevolg van de opkomst van Best Value Procurement, de in De Marktvisie neergelegde behoeften en wensen van de sector en mijn betrokkenheid als schrijver bij de herziening van de UAV-GC 2005 die op dit moment wordt voorbereid.

Verder gaat mijn bijzondere belangstelling uit naar de verbetering van de coherentie tussen de juridisch-administratieve voorwaarden die van toepassing worden verklaard op de verschillende contracten die bij een en hetzelfde bouwproject tussen de verschillende actoren worden gesloten. Op de momenten dat een specifieke set voorwaarden branchebreed wordt aangepast, ontbreekt het aan centrale regievoering. Ik zie dat nu bijvoorbeeld ook gebeuren bij de herziening van de UAV-GC 2005. Om die reden heb ik er al eens voor gepleit de borging van de kwaliteit en de inhoudelijke samenhang van de verschillende voorwaarden in handen te leggen van één permanente commissie (zie mijn inaugurele rede Tilburg University).

Doorbraak

Die vraag vind ik lastig om zelf te beantwoorden, ook omdat ik mij altijd tot zeer diverse fora heb gericht. Mijn proefschrift werd in de *International Construction Law Review* door Humphrey Lloyd bijvoorbeeld gepresenteerd als ‘book of the year’, maar in Nederland kent volgens mij bijna niemand het. En datzelfde geldt denk ik voor het algemeen deel van de *Principles of European Law on Services Contracts*, waar ik - net als

mijn coauteurs overigens - flink mijn stempel op heb geprobeerd te drukken. Misschien moet ik maar gewoon mijn allereerste publicatie in *Bouwwrecht* (BR 1994, p. 825-841) noemen, waarmee ik mij destijds in het debat mengde tussen Van den Berg en Roze-mond over de toerekening van falend toezicht aan de opdrachtgever.

Niet eens / rechtspraak

Van den Berg en ik verschillen van mening over de vraag of de gevolgen van het tekortschieten van de aannemer in de nakoming van zijn waarschuwingsplicht, in geval van een ontwerpfout van de opdrachtgever, volledig voor rekening van de aannemer moeten komen, of dat die gevolgen gedeeltelijk of geheel voor rekening van de opdrachtgever kunnen komen op basis van het leerstuk van eigen schuld (art. 6:101 BW) omdat de opdrachtgever nu eenmaal primair verantwoordelijk is voor die ontwerpfout. Ik bepleit het eerste standpunt (*Monografieën BW* nr. B84), hij het tweede (*Asser/Van den Berg* 7-VI 2017). Voor zover Van den Berg steun voor zijn standpunt vindt in de jurisprudentie van de overheidsrechter, vind ik die jurisprudentie principieel onjuist.

In die jurisprudentie - ik noem bijvoorbeeld Hof Amsterdam 19 mei 2005, *BR* 2006, p. 172 - wordt voor de rechtvaardiging voor toerekening van eigen schuld aan de opdrachtgever aansluiting gezocht bij de gebrekkige nakoming door de opdrachtgever van diens *verplichting* de uitvoering van de overeenkomst mogelijk te maken. In mijn visie is de opdrachtgever weliswaar daartoe *gehouden* en zal hij in beginsel bovendien rechtsverlies lijden wanneer hij een ontwerpfout maakt. Dat laat echter onverlet dat de vraag naar de normatieve (on)geoorloofdheid van het maken van een ontwerpfout mijns inziens beoordeeld moet worden in de bredere context van hetgeen partijen zijn overeengekomen. In dat kader komt dan vooral betekenis toe aan het doel en de strekking van de door de aannemer geschonden waarschuwingsplicht. Het is een ervaringsfeit dat in een bouwontwerp - onbedoeld - een fout kan sluipen. De wetgever en de opstellers van de UAV 2012 en de UAV-GC 2005 hebben zich dat gerealiseerd door in de wet en in de genoemde standaardvoorwaarden tot uitdrukking te brengen dat de aannemer daar op bedacht moet zijn en dat hij zijn deskundigheid zal moeten inzetten bij de analyse van het ontwerp. De opdrachtgever betaalt de aannemer daar ook voor. De belangrijkste functie van de waarschuwingsplicht is dat de opdrachtgever wordt behoed voor de gevolgen van fouten die onbedoeld in het ontwerp zijn geslopen en die de aannemer kende of redelijkerwijs behoorde te kennen. Als de aannemer er dan vervolgens op kan worden aangesproken dat hij heeft nagelaten de opdrachtgever attent te maken op de ontwerpfout, dan heeft het iets ongerijmds wanneer de aannemer zich ter beperking van zijn schadevergoedingsplicht zou mogen verweren met de stelling 'dat de opdrachtgever nu eenmaal een ontwerpfout heeft gemaakt'. Waarom vind ik dat ongerijmd? Omdat de essentie van de partijafpraak nu juist is dat het de verantwoordelijkheid van de aannemer is om de opdrachtgever over het aan het ontwerp klevende risico te informeren, wanneer hij dat risico kende of behoorde te kennen.

Niet eens / wetbepaling

Ik heb wat moeite met het feit dat de wetgever in Titel 7.12 BW in diverse bepalingen gebruik heeft gemaakt van formuleringen die zijn afgeleid van het begrip 'oplevering',

maar daarmee niet altijd hetzelfde heeft bedoeld (zie mijn artikel in het Tijdschrift voor Bouwrecht, *TBR* 2018/139). Zo heeft de wetgever bijvoorbeeld in art. 7:750 lid 1 BW - op instigatie van de literatuur - een onderscheid gemaakt tussen twee verbintenissen van de aannemer en heeft één van die verbintenissen verwoord door gebruik te maken van een formulering die is afgeleid van het begrip 'opleveren'. Andere formuleringen, die eveneens zijn afgeleid van datzelfde begrip, zijn vervolgens in art. 7:758 lid 1 BW gebruikt in het kader van een regeling op basis waarvan moet worden vastgesteld of de aannemer zijn andere in art. 7:750 lid 1 BW geregelde verbintenis, namelijk: om het werk tot stand te brengen conform de eisen van de overeenkomst, is nagekomen. En dat terwijl die andere verbintenis juist niet is verwoord door gebruik te maken van een formulering die is afgeleid van het begrip 'opleveren'. Zeker gelet op de belangrijke rechtsgevolgen die de wetgever elders in titel 7.12 BW aan het tijdstip van de 'oplevering' van het werk heeft verbonden, mag dat verwarrend worden genoemd.

Grondslag juridische denken

Mijn grootvader aan mijn moeders' kant zei altijd: 'Begin er aan, en je kunt het'. Dat werd ook het motto van mijn proefschrift. En op basis van dat motto ben ik in 1992 met mijn promotieonderzoek van start gegaan. Ik had daar destijds weinig diepere gedachten bij: ik wilde gewoon weten welke keuzes in een aantal rechtsstelsels werden gemaakt ten aanzien van de contractuele aansprakelijkheid van aannemers en waarom dat zo was. Om daar achter te komen, heb ik vervolgens een bepaalde manier van werken op basis van gevaltypen ontwikkeld waar ik 25 jaar na dato nog steeds goed mee uit de voeten kan. Ik heb later wel eens pretentius gedacht dat deze manier van werken aansluit bij de methode die Karl Llewellyn in zijn boek *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* 'situation-sense' heeft genoemd, maar een studie heb ik daar nooit van gemaakt. Of ik uiteindelijk dus een rechtsrealist ben geworden, dat moeten anderen maar beoordelen.

Hoe ik mijn manier van werken zou omschrijven? Mijn promotieonderzoek had zoals gezegd tot doel de gemeenschappelijke beginselen en regels van het West-Europese bouwcontractenrecht bloot te leggen. Toen ik daar een tijdje mee bezig was, kreeg ik al gauw in de gaten dat het geen zin had om de regels die ik in verschillende stelsels aantrof - regels die ogenschijnlijk iets met elkaar te maken leken te hebben - als het ware naast elkaar te zetten om de verschillen en overeenkomsten tussen die regels in kaart te brengen. Ik moest op zoek naar de redeneringen en onderliggende argumenten die in de verschillende stelsels werden gehanteerd om in een bepaalde kwestie tot een normatief oordeel te komen. Om die redeneringen en argumenten te kunnen vinden, moest ik in de verschillende stelsels op zoek naar identieke feitencomplexen. Feitencomplexen die niet alleen identiek waren wat betreft het probleem waarvoor het recht in een oplossing moest voorzien, maar óók wat betreft de feiten en omstandigheden - vaak gedragingen van de betrokken actoren - die tot het ontstaan van dat probleem hadden geleid. Dat onderzoek - waar ik vooral heel veel jurisprudentie voor hebben moeten doorspitten - leidde tot het inzicht dat bouwcontractuele geschillen telkens zijn terug te voeren op dezelfde archetypische patronen van feiten en omstandigheden en dat het recht als het ware kan worden gevonden door logisch te redeneren op basis van een gedegen kennis

van deze feiten en omstandigheden en van de verschillen en overeenkomsten die tussen deze patronen bestaan.

Ik ben deze manier van werken ook na mijn promotieonderzoek blijven toepassen, omdat die mij goed ligt. Als ik een vraagstuk op mijn bord krijg, begin ik in beginsel nooit vanuit regels te redeneren, ook al heb ik intuïtief vaak natuurlijk wel een idee in welke hoek ik het moet zoeken. Ik probeer altijd de context waarbinnen regels hun functie moeten vervullen als vertrekpunt te nemen. En dat beperkt zich dan niet tot de normatieve waardering van de feiten en omstandigheden van het voorliggende geval in het licht van de betrokken belangen, maar begint als het ware al bij het in kaart brengen, ordenen en onderscheiden van die feiten, omstandigheden en belangen: Wat zijn de typische kenmerken en het verloop van het maatschappelijke proces in kwestie? Waarom gedragen de betrokken actoren zich zoals ze zich gedragen? Wat zijn de betrokken belangen? Hoe kan dit geval worden onderscheiden van andere gevallen?

“Wat ik mij inmiddels echter wel afvraag, is of het niveau van rechtsbescherming van ondernemingen in het domein van overheidsaanbestedingen niet onder de maat begint te raken...”

In deze manier van werken ligt verder besloten dat het recht voor mij geen doel op zichzelf is. Het recht dient ertoe bij te dragen dat de doelstellingen die met allerlei maatschappelijke processen en fenomenen worden beoogd ook daadwerkelijk worden bereikt, gegeven de feitelijke context waarbinnen dat dient te gebeuren en rekening houdend met alle daarmee gemoeide private en publieke belangen. Eén van de consequenties van deze manier van werken is dat ik vind dat ik mij terughoudend moet

opstellen bij het doen van normatieve uitspraken over kwesties waarvan ik de context onvoldoende overzie. Maar het omgekeerde is ook het geval: zodra ik vind dat ik de feitelijke en maatschappelijke context juist goed kan doorgronden, wil ik mij kunnen mengen in het debat over de vraag hoe de betrokken belangen het beste met elkaar in evenwicht kunnen worden gebracht en of het geldende recht daar voldoende aan bijdraagt. En als dat laatste niet het geval is: hoe het recht dan zou moeten worden aangepast.

Overheidsrechter en aanbestedingsgeschillen

Zoals ik hiervoor al aangaf, vind ik het op zich prima dat de geschillenbeslechting bij aanbestedingen nu al weer geruime tijd geconcentreerd bij de overheidsrechter ligt. Wat ik mij inmiddels echter wel afvraag, is of het niveau van rechtsbescherming van ondernemingen in het domein van overheidsaanbestedingen niet onder de maat begint te raken als gevolg van een aantal ontwikkelingen die zich de afgelopen jaren hebben voorgedaan. Welke dat zijn? De eerste is dat de Advocaat Generaal bij het Hof van Justi-

tie in zijn conclusie in de zaak Connexxion / Nederland heeft gesuggereerd dat wanneer het inderdaad zo is dat het Nederlandse systeem van rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen enkel neerkomt op een marginale toets door de voorzieningenrechter in eerste en enige aanleg, dat systeem niet ten volle voldoet aan de eisen van de rechtsbeschermingsrichtlijnen. Ik zie dat als een serieus te nemen waarschuwing. De tweede ontwikkeling is dat een teleurgestelde inschrijver als gevolg van een recent arrest van de Hoge Raad niet meer de controle van het hoger beroep heeft, waardoor het eigenlijk in één keer goed moet gaan bij die zojuist genoemde voorzieningenrechter in eerste aanleg (HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638). De derde is dat voorzieningenrechters heel ruimhartig zijn bij het honoreren van een niet-ontvankelijkheidsverweer op basis van het *Grossmann* arrest. Als je die drie ontwikkelingen bij elkaar neemt, dan vind ik dat het echt tijd wordt om ons systeem van rechtsbescherming eens goed tegen het licht te houden.

De verantwoordelijkheid voor deze ontwikkelingen kan overigens niet volledig bij de voorzieningenrechters worden gelegd, die het leeuwendeel van de rechtspraak binnen dit domein voor hun rekening nemen. Ik denk dat die verantwoordelijkheid breder ligt en heb in mijn NJ-noot bij het zojuist genoemde arrest van de Hoge Raad daarom geopperd dat het goed zou zijn als deze kwestie eens zou worden onderzocht ten einde na te gaan of en in hoeverre hier inderdaad sprake is van een probleem dat om ingrijpen vraagt. Dat is opgepakt, want de Tweede Kamer heeft voor de zomervakantie enkele moties met deze strekking aangenomen die de staatssecretaris van EZK op dit moment uitvoert.

Dat betekent onder andere dat de kwaliteit en omvang van de rechtsbescherming bij overheidsaanbestedingen zullen worden onderzocht. In dat kader zal ook de Commissie van Aanbestedingsexperts worden meegenomen. De Commissie bestaat nu vijf jaar en zij heeft aangegeven dat het tijd wordt dat het veld zich gaat uitspreken over haar positie en rol in de toekomst. Vijf jaar geleden had men bepaalde ideeën en verwachtingen van de Commissie, zijn die uitgekomen? En als er inmiddels voortschrijdende inzichten zijn, wat betekent dat dan voor de toekomst van de Commissie? Je hoort mensen wel eens zeggen dat de Commissie een tandeloze tijger is die zou moeten opschuiven in de richting van een heuse aanbestedingsautoriteit. Anderen vinden weer dat de Commissie veel meer aan de professionaliseringskant zou moeten gaan zitten: de Commissie moet ophouden met rechtertje te spelen in concrete gevallen en moet, zodra de concrete aanbestedingsprocedure achter de rug is, het spel gespeeld is en de knikkers verdeeld zijn, met de aanbesteder en de markt aan tafel om terug te blikken hoe het de volgende keer beter zou kunnen. De Commissie krijgt dan veel meer de rol van een onafhankelijk adviseur in plaats van die van een pseudo-geschilbeslechter. Dat zijn twee heel verschillende smaken en ik denk dat het goed is dat er een debat plaatsvindt over de vraag welke kant het op moet.

Feiten

Hiervoor merkte ik al op dat ik bij het oplossen van een juridisch probleem de feitelijke en maatschappelijke context vaak centraal stel, in plaats van de op het probleem toe te passen regel als vertrekpunt te nemen. Bij een geschil naar aanleiding

van een concrete casus ga ik bijvoorbeeld altijd eerst tot in detail uitzoeken wat er precies is gebeurd, voordat ik normatieve uitspraken ga doen. Dat doe ik omdat een ogenschijnlijk futiel element in het complex van feiten en omstandigheden weleens het verschil kan maken op de normatieve T-splitsing tussen linksaf of rechtsaf. Dat is ook wat ik mijn studenten probeer bij te brengen. Vanochtend gaf ik mijn tweedejaars studenten bijvoorbeeld hoorcollege over het Haviltex-arrest. Ik gebruikte een casus die zich daadwerkelijk heeft voorgedaan over een particulier van wie een dure barbecue uit zijn tuin wordt gestolen. Die particulier gaat vervolgens naar zijn verzekeraar en claimt dekking onder de polis omdat in de verzekeringsovereenkomst immers is bepaald dat diefstal van tuinmeubilair is gedekt. En vervolgens ontstaat er een uitlegdiscussie over de vraag of een barbecue 'tuinmeubilair' is. Die studenten hebben aan een half woord genoeg en staan meteen met hun normatief oordeel klaar. Maar als je ze vervolgens kleine brokjes feiten en omstandigheden begint toe te werpen die een ander licht op de zaak werpen, dan zie je dat ze beginnen te twijfelen en gaan schuiven. Zo probeer ik ze duidelijk te maken dat we eerst veel meer te weten moeten zien te komen over de context. Wat is er gebeurd? En dan doel ik niet op de diefstal, maar op de totstandkoming van het verzekeringscontract. Is in dat kader over de barbecue gesproken? Wat waren de omstandigheden waaronder dat is gebeurd? Heeft die particulier misschien eerst zijn tuin laten zien en heeft de assurantietspersoon bewonderend naar de barbecue gekeken, waarop de particulier heeft uitgeroepen, wijzend naar de barbecue: 'u begrijpt nu zeker wel waarom u hier bent?' Dat is een heel ander verhaal dan wanneer die particulier via het internet een verzekeringsovereenkomst heeft afgesloten. De feiten maken inderdaad het recht.

Taal

Taal in het bouwrecht draagt nogal eens bij aan spraakverwarring en - belangrijker - kan zelfs een rem op de ontwikkeling van de gewenste juridische kaders zijn. Als ik voor een zaal woorden als 'alliantie', 'innovatiepartnerschap' of 'best value procurement' in de mond neem, dan heeft iedereen daar een ander beeld bij. In de jaren '90 had je dat ook met 'turnkey', 'design & build' en 'partnering'. Natuurlijk moeten we begrippen hebben om bepaalde fenomenen te duiden, want we kunnen in plaats van - bijvoorbeeld - 'acceptatie' niet iedere keer zeggen 'de mededeling waarin de opdrachtgever verklaart geen bezwaar te hebben tegen door de opdrachtnemer ter acceptatie voorgelegde documenten'. Maar dan moet het een zodanig woord of begrip zijn dat iedereen daar meteen dezelfde connotatie bij heeft. En bij begrippen die betrekking hebben op nieuwe ontwikkelingen in de bouw hebben we dat vaak niet, omdat we nog volop bezig zijn inhoud te geven aan het fenomeen als zodanig. En dat kan dus een rem op ontwikkelingen opleveren, wanneer mensen normatieve uitspraken gaan doen over de juridische inkadering van een nieuw fenomeen, zonder dat eerst goed is onderzocht en vastgesteld wat er nu precies onder het etiket zit waarmee we zo'n fenomeen aanduiden en of we daar allemaal hetzelfde onder verstaan. Aan de andere kant realiseer ik me natuurlijk ook wel dat dit vaak de manier is waarop ontwikkelingen nu eenmaal plaatsvinden.

Raad van Arbitrage

Ik heb de Raad van Arbitrage voor de Bouw hoog zitten. De Raad vervult nu al meer dan een eeuw een belangrijke en niet meer weg te denken rol op het terrein van

geschilbeslechting in de bouw. Die rol is bovendien niet aanvullend op die van de overheidsrechter: de Raad vervult een zelfstandige rol. Ik vind het heel waardevol dat een rechtzoekende vanuit de specifieke belangen die hij nastreeft een keuze kan maken uit verschillende fora die van kwalitatief hoog niveau zijn.

Technisch inzicht

Hiervoor heb ik al gezegd dat ik vind dat een goede bouwjurist moet begrijpen hoe bouwprocessen worden georganiseerd, wat de belangen zijn, waarom de actoren zich gedragen zoals ze zich gedragen en hoe het komt dat de dingen in het bouwproces vaak niet gaan zoals iedereen dat graag zou willen. Daarmee bedoel ik dat een bouwrechtjurist de feitelijke en maatschappelijke context moet snappen. Als de vraag is of een bouwrechtjurist dát inzicht moet hebben dan zeg ik ja. Dat strekt zich dan ook uit tot de technische aspecten van de context, zonder dat de bouwrechtjurist overigens op voorhand alle kennis paraat moet hebben. Wat ‘op staal funderen’ is, of wat het verschil is tussen ‘functionele’ en ‘technische’ eisen hoeft je bijvoorbeeld niet meteen te weten, want als iemand je dat één keer uitlegt, vergeet je het niet meer. Als je de context in de basis goed begrijpt, dan ben je ook in staat om door te vragen aan partijen, en dan kom je volgens mij een heel eind.

Canon van het bouwrecht

De canon van het Nederlandse bouwrecht, welke gebeurtenissen zouden daar in ieder geval niet in mogen ontbreken? Dat vind ik geen eenvoudige vraag. Misschien dat de gedachten allereerst uitgaan naar belangrijke jurisprudentie? Privaatrechtelijk georiënteerde bouwjuristen zoals ik zullen dan al snel denken aan bekende arresten die zijn gewezen naar aanleiding van geschillen die zich hebben afgespeeld in een bouwcontext, zoals Mook/Sap III (HR 18 maart 1932, *NJ* 1932, p. 925, m.nt. E.M. Meijers), Moffenkit (HR 25 maart 1966, *NJ* 1966/279, m.nt. G.J. Scholten), Plas/Valburg (HR 18 juni 1982, *NJ* 1983/723, m.nt. C.J.H. Brunner), Stokkers/Vegt (HR 25 november 1994, *NJ* 1995/154), KPI/Leba (HR 18 september 1998, *NJ* 1998/818), Multi Vastgoed/Nethou (HR 5 januari 2001, *NJ* 2001/79) en Wierds/Visseren (HR 20 januari 2012, *NJ* 2012/59). Maar in veel van deze arresten heeft de Hoge Raad regels gegeven waarvan de betekenis zich niet tot de bouw beperkt. Die arresten gaan vaak over algemene leerstukken en zijn vooral ook van belang geweest voor de ontwikkeling van het algemeen verbintenissenrecht. Een aantal daarvan doceer ik bijvoorbeeld aan de VU in het kader van het verplichte tweedejaars vak contractenrecht.

Als we vervolgens op zoek zouden gaan naar jurisprudentie die heeft geleid tot belangrijke regels die slechts een functie vervullen in de specifieke context van een bouwproces, dan is de oogst volgens mij niet zo groot. Ik maakte daar al eerder een opmerking over. Die jurisprudentie geeft immers vooral uitleg aan bepalingen die zijn opgenomen in Titel 7.12 BW en in de standaardvoorwaarden die in de bouw veelvuldig worden gehanteerd. De meeste van die bepalingen zijn echter weinig controversieel. Dat komt doordat zij veelal paritair tot stand zijn gebracht en niet zelden de codificatie vormen van regels die in de naoorlogse jurisprudentie en doctrine zijn ontwikkeld. De jurisprudentie die

op deze bepalingen betrekking heeft, reflecteert dat: die is weliswaar belangrijk voor de rechtspraktijk, maar geeft weinig aanleiding tot fundamenteel debat.

Het voorgaande maakt de totstandkoming van de zojuist bedoelde bepalingen mijns inziens overigens wel tot memorabele gebeurtenissen. Ik denk dan in het bijzonder aan het tweede departementale voorontwerp van Titel 7.12 BW van 1989, de UAV 1968, de UAV 1989, de UAV-GC 2000 en de DNR 2005. Maar ook problematiserende en richtinggevende studies over deze bepalingen horen wat mij betreft absoluut in de canon thuis. Ik denk dan bijvoorbeeld aan het eerste preadvies van de Vereniging voor Bouwrecht van de hand van Zonderland uit 1973, het rapport van de Werkgroep Standaardregelingen in de Bouw uit 1981 en natuurlijk ook het proefschrift van Van den Berg uit 1990, *Samenwerkingsvormen in de bouw*.

Wat in de canon evenmin mag ontbreken, zijn een aantal belangrijke studies zoals het rapport van de Commissie Aanbestedingswezen uit 1957 (*Aanbestedingswezen en prijsvorming*), het rapport van de Overleggroep Ordeningsthema's Aanbestedingswezen uit 1982 (*Naar een ordening op de bouwmarkt*) en het Eindrapport van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid uit 2002. Wie echt wil begrijpen waarom de ontmoeting van vraag en aanbod op de bouwmarkt zo bijzonder is en tot welke lastig te beantwoorden vragen - vooral ook voor het recht - dat bijzondere karakter van de bouwmarkt al decennialang aanleiding geeft, die kan ook heden ten dage niet buiten deze studies.

Spreekwoord / gezegde

Ik heb er twee, die in samenhang gelezen moeten worden. De eerste is: 'waar gehakt wordt vallen spaanders', en vandaar de tweede: 'voorkomen is beter dan genezen'.

Kwaliteitsborging

Met de doelstellingen van het wetsvoorstel kwaliteitsborging voor het bouwen kun je het denk ik niet oneens zijn, maar ik stel vast dat er te veel kritiek op het wetsvoorstel bestaat en dat opeenvolgende ministers er maar niet in slagen die kritiek weg te nemen. Het zou nog tot daaraan toe zijn geweest wanneer de verschillende actoren die door het wetsvoorstel worden geraakt in hun kritiek enkel tegenover elkaar zouden staan. In dat geval zou de minister de verschillende argumenten immers tegen elkaar kunnen afwegen om aldus tot goed uitgebalanceerde keuzes te komen. Maar de realiteit is dat die actoren in hun kritiek op het wetsvoorstel niet zozeer tegenover elkaar maar tegenover de minister zelf staan. Wanneer dan ook nog eens een onafhankelijk en gezaghebbend instituut als de Onderzoeksraad voor de Veiligheid op basis van gedegen studies naar actuele casus met veel maatschappelijke impact grote kanttekeningen bij het wetsvoorstel plaatst, dan doet de minister er denk ik verstandiger aan het wetsvoorstel te heroverwegen.

Gespecialiseerde kamer

Hiervoor heb ik al aangegeven dat ik geen voorkeur heb voor de ene of voor de andere vorm van geschilbeslechting, zo lang de geschilbeslechter maar van een aantal markten thuis is. Wat ik binnen de gerechtelijke instanties waarneem, is dat men

de expertise op het terrein van het bouwcontractenrecht en het aanbestedingsrecht zo goed en zo kwaad als het kan probeert te concentreren en te managen. Dat maakt dat ik op dit moment nog geen noodzaak zie voor een gespecialiseerde bouwkamer bij de burgerlijke rechter.

Toekomst bouwrecht

Tja, het hangt er maar van af vanuit welk perspectief je dat bekijkt. In een ideale wereld zouden we wat mij betreft helemaal geen bouwrecht nodig moeten hebben. Dat we nog ver van die ideale wereld verwijderd zijn, betekent dat we ons ook in de toekomst zullen moeten blijven bezig houden met de bestudering, vorming en toepassing van het bouwrecht. Wat mij betreft zouden we ons dan vooral moeten concentreren op het tot stand brengen van regels die er toe bijdragen dat alle actoren in een bouwproces bij de organisatie en uitvoering van dat proces zodanige beslissingen nemen dat alle daarmee gemoeide private en publieke belangen optimaal worden gediend.

Om tot dergelijke regels te komen, hebben we zoals gezegd juristen nodig die affiniteit hebben met de feitelijke en maatschappelijke context van de bouw. Maar of dat voldoende is? Dergelijke affiniteit is vaak subjectief en biedt op zich nog geen garantie dat normatieve uitspraken worden gebaseerd op gedegen kennis van de objectieve werkelijkheid. Hoe vaak ik mijzelf bijvoorbeeld er op betrap dat ik bij het doen van uitspraken, over de richting die we met het bouw- en aanbestedingsrecht uit moeten, gemakkelijk verwijs naar ‘wat ik in de praktijk zie!’ We moeten meer investeren in een betere empirische onderbouwing van het wenselijke recht. Empirical legal studies: dat wordt misschien de toekomst, ook voor het bouwrecht. ■